

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85428>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

**JBPR 2010/29**

**Hoge Raad**

19 februari 2010, 08/02396; LJN BK5999.

( Mr. Fleers

Mr. De Savornin Lohman

Mr. Hammerstein

Mr. Van Oven

Mr. Bakels )

(Concl. A-G Wesseling-van Gent )

[Eiser] te [woonplaats],

eiser tot cassatie,

advocaat: mr. D. Stoutjesdijk,

tegen

1. [verweerder 1] te [woonplaats],

verweerder in cassatie,

advocaat: mrs. B.T.M. van der Wiel en

A.M. van Aerde,

2. ABN Amro Bank NV te Amsterdam,

verweerster in cassatie,

advocaat: mr. F.E. Vermeulen,

3. [verweerder 3] te [woonplaats],

verweerder in cassatie,

advocaat: mr. J.I. van Vlijmen.

Mogelijkheid lossing bij hypotheekexecutie  
niet van overeenkomstige toepassing bij  
beslagexecutie

[BW Boek 3 - 269; Rv - 514 t/m 529]

## » Samenvatting

In art. 526 lid 1 Rv is art. 3:269 BW niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Een hypotheekhouder heeft voorrang boven andere schuldeisers, tenzij andere schuldeisers een voorrecht van hogere rang hebben (art. 3:279 BW). Een eerste beslaglegger heeft geen voorrang boven andere beslagleggers (art. 3:277 BW). Gezien dit alles is het in art. 3:269 BW geregelde lossingsrecht niet van overeenkomstige toepassing in geval van executoriale verkoop op grond van art. 514-529 Rv.

## » Uitspraak

**Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en verweerders in cassatie, respectievelijk, als de notaris, de bank en [verweerder 3].**

### Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Wesseling-van Gent)

**Het gaat in deze zaak om de vraag of het lossingsrecht van art. 3:269 BW analoog kan worden toegepast op de situatie dat de schuldenaar aan de executerende beslaglegger (de bank) het gehele bedrag voldoet waarvoor het executoriaal beslag tot waarborg strekt, alsmede de executiekosten, terwijl de bank als voorwaarde heeft gesteld dat alle aangemelde beslagschuldeisers moeten worden voldaan.**

### 1. Feiten [\[noot:1\]](#) en procesverloop

1.1. Eiser tot cassatie, [eiser], is eigenaar van de woning met naastgelegen weiland aan de [a-straat 1] te [plaats] (hierna gezamenlijk: de woning).

1.2. Op de woning zijn diverse hypotheeken gevestigd en beslagen gelegd, waaronder een hypotheekrecht ten behoeve van een broer van [eiser] en een conservatoir beslag ten behoeve van verweerster in cassatie onder 2, de bank.

1.3. Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 27 april 2005 heeft de rechtbank Arnhem de vordering toegewezen tot zekerheid waarvan de bank conservatoir beslag had gelegd op de woning. Dit heeft ertoe geleid dat de bank aan verweerster in cassatie onder 1, de notaris, opdracht heeft gegeven tot executoriale verkoop van de woning. Ter

uitvoering daarvan heeft op 27 maart 2007 ten overstaan van een waarnemer van de notaris de veiling van de woning plaatsgevonden. Op de veiling zijn van toepassing de Algemene Veilingvoorwaarden voor Executieveilingen 2006 (hierna: de AVVE) en de bijzondere veilingvoorwaarden die op 6 maart 2007 zijn vastgesteld bij akte verleden voor de notaris (hierna: de bijzondere veilingvoorwaarden).

1.4. In de AVVE zijn onder meer de volgende bepalingen opgenomen:

“Artikel 3

1. De veiling vindt plaats in twee fasen:

- de eerste, de inzet, bij opbod;
- de tweede, de afslag, bij afmijning.

Dit gebeurt na elkaar in één zitting (...)

Artikel 8

1. De koopovereenkomst ingevolge de veiling komt tot stand door de gunning. De overdracht komt tot stand door de inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing in de openbare registers (...)

2. De verkoper heeft het recht niet te gunnen of zich omtrent het al of niet gunnen te beraden.

De termijn van beraad eindigt de eerste werkdag volgende op de afslag om vijf (5) uur in de middag of zoveel eerder als de verkoper mocht hebben gegund.

(...)

Artikel 17

1. Zodra de aan de gunning verbonden voorwaarde van algehele betaling is vervuld, kan de levering van het registergoed worden voltooid (...). Zowel

de koper als de verkoper kan dit eenzijdig bewerkstelligen.

2. De levering geschiedt door de inschrijving in de openbare registers van de eventuele afzonderlijke akte van bijzondere veilingvoorwaarden, van het/de proces(sen)-verbaal van inzet en afslag, van de eventuele akte van gunning (...)

Artikel 24

(...)

4. Van eventuele aanvullingen op, of afwijkingen van deze voorwaarden dient uit de bijzondere veilingvoorwaarden te blijken. Ingeval van tegenstrijdigheid tussen deze algemene voorwaarden en de bijzondere veilingvoorwaarden gelden de laatste.”

1.5. In de bijzondere veilingvoorwaarden, waarin de bank ook wel wordt aangeduid als “Schuldeiseres” en “verkoper”, is onder andere opgenomen:

“4. Uitdrukkelijke afwijkingen van AVVE In opdracht van de Schuldeiseres wordt in ieder geval op de volgende onderdelen afgeweken van de AVVE:

(...)

f. In afwijking van de in artikel 8, lid 2 AVVE genoemde termijn van beraad, eindigt de termijn van beraad op de derde werkdag volgende op de afslag, zijnde dertig maart tweeduizend zeven om zeventien uur of zoveel eerder als de verkoper mocht hebben gegund.”

1.6. Blijkens het “procesverbaal akte van veiling bij inzet en afslag” van 27 maart 2007 heeft verweerder in cassatie onder 3, [verweerder 3], op de veiling het hoogste bod uitgebracht. De bank is op 27 maart 2007 nog niet overgegaan tot gunning. In cassatie is niet bestreden dat de bank ten behoeve van [eiser] onverplicht de termijn

van beraad in acht heeft genomen, teneinde hem in staat te stellen de schulden te voldoen. Aan deze termijn van beraad heeft de bank de kenbare voorwaarde verbonden dat alle aangemelde overige beslagschuldeisers zouden worden voldaan. [\[noot:2\]](#)

1.7. [Eiser] heeft de heer [betrokkene 1] te [plaats] (hierna: [betrokkene 1]) bereid gevonden om schulden van [eiser] te herfinancieren. Een medewerker van de notaris heeft in dat kader op 29 maart 2007 per e-mail aan de adviseur van [betrokkene 1], notaris [betrokkene 1] te [plaats] (hierna: [betrokkene 2]), een overzicht gestuurd van de schulden van [eiser] en de veilingkosten, met een totaalbedrag van € 325.538,97. In dat overzicht staat als vordering van de broer van [eiser] een bedrag vermeld van € 25.485,71.

1.8. [Betrokkene 1] heeft in de middag van 30 maart 2007 door ING Bank een bedrag van € 300.053,26 laten overboeken naar een bankrekening van het kantoor van de notaris. Na ontvangst van dat bedrag heeft een medewerker van de notaris bij e-mail van 30 maart 2007 om 16.35 uur aan [betrokkene 2] geschreven:

“Hierbij deel ik u mede dat ik van de heer [betrokkene 1] een bedrag heb ontvangen groot € 300.053,26.

Ik moet echter ontvangen voor 17.00 uur vandaag een bedrag groot € 325.538,97 zo dat er nog een bedrag voldaan dient te worden groot € 25.485,71.

Het is helaas niet aan mij om onderscheid te maken tussen schuldeisers/beslagleggers (wel of niet discutabel), aldus kan ik niet beslissen welke vorderingen van welke beslagleggers worden voldaan.”

1.9. Naar aanleiding van de onder 1.8. vermelde e-mail heeft [betrokkene 1] op 30 maart 2007 omstreeks 17.00 uur contact gehad met ING Bank om nog die middag

een bedrag van € 25.485,71 telefonisch te laten overboeken naar de notaris. Hij heeft toen te horen gekregen dat dit niet eerder dan op maandag zou kunnen omdat het betalingsverkeer al was gesloten. Op verzoek van [betrokkene 1] heeft ING Bank die middag hierover contact gehad met het kantoor van de notaris.

1.10. Toen om 17.00 uur niet het volledige bedrag van € 325.538,97 op rekening van de notaris was ontvangen, is op 30 maart 2007 om 17.03 uur bij akte, verleden voor een waarnemer van de notaris, de woning gegund aan [verweerder 3].

1.11. Op maandag 2 april 2007 heeft de notaris op zijn rekening € 25.485,71 ontvangen van [betrokkene 1]. Dat bedrag is vervolgens met de reeds eerder ontvangen € 300.053,26 teruggestort op de rekening van [betrokkene 1].

1.12. [Eiser] heeft conservatoir beslag laten leggen op de woning ter verzekering van zijn rechten op de woning.

1.13. Bij inleidende dagvaarding van 1 mei 2007 heeft [eiser] de bank, de notaris en [verweerder 3] in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem en daarbij – verkort weergegeven – een verbod voor gedaagden gevorderd om levering van de woning aan [verweerder 3] te bewerkstelligen. [Eiser] heeft daartoe aangevoerd dat gedaagden jegens hem onrechtmatig handelen als zij in de gegeven omstandigheden de levering aan [verweerder 3] effectueren.

1.14. De notaris, de bank en [verweerder 3] hebben gemotiveerd verweer gevoerd en in reconventie opheffing gevorderd van het door [eiser] gelegde beslag op de woning. [Verweerder 3] heeft voorts ontruiming en afgifte van de sleutels gevorderd. Volgens de notaris, de bank en [verweerder 3] is het beslag ongeldig omdat er geen wettelijke basis voor is.

1.15. Bij vonnis van 12 juni 2007 heeft de voorzieningenrechter in conventie de vorderingen van [eiser] afgewezen en in reconventie het door [eiser] gelegde conservatoire beslag op de woning opgeheven. De voorzieningenrechter oordeelde dat de gunning op vrijdag 30 maart 2007 als rechtmatig heeft te gelden, zodat met effectuering van de levering van de woning aan [verweerder 3] niet onrechtmatig jegens [eiser] is gehandeld.

1.16. [Eiser] is onder aanvoering van tien grieven [\[noot:3\]](#) van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Arnhem. Aangezien de woning inmiddels was geleverd aan [verweerder 3], heeft [eiser] zijn eis gewijzigd en (samengevat weergegeven en voor zover relevant) vernietiging van het bestreden vonnis en ongedaanmaking althans teruglevering van de woning gevorderd, op straffe van een dwangsom.

1.17. De notaris, de bank en [verweerder 3] hebben de grieven bestreden.

1.18. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bij arrest van 25 maart 2008 bekrachtigd en het in hoger beroep gevorderde afgewezen.

1.19. [Eiser] heeft tijdig [\[noot:4\]](#) beroep in cassatie ingesteld.

De notaris, de bank en [verweerder 3] hebben geconcludeerd tot verwerping.

Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna [eiser] nog heeft gerepliceerd.

## **2. Ontvankelijkheid**

2.1. Het hof heeft in rechtsoverweging 4.2 als volgt geoordeeld:

“Voorts heeft [eiser] in hoger beroep, naar aanleiding van het feit dat de levering

inmiddels heeft plaatsgevonden en in anticipatie op de bodemprocedure, zijn eis gewijzigd en heeft hij de onder 2.2 vermelde vordering ingesteld. Hoewel reeds op voorhand moet worden vastgesteld dat de gevorderde verklaringen voor recht niet in kort geding kunnen worden gegeven, zou de vordering tot ongedaanmaking althans teruglevering van de woning door [verweerder 3] als voorlopige voorziening in kort geding – doch uitsluitend jegens [verweerder 3] – kunnen worden toegewezen, zij het dat daarbij terughoudendheid op haar plaats is. Uit de stellingen van [eiser] volgt dat bij deze voorziening een voldoende spoedeisend belang bestaat.”

2.2. Er is in cassatie geen klacht is gericht tegen het oordeel dat de vordering tot ongedaanmaking althans teruglevering van de woning door [verweerder 3] als voorlopige voorziening in kort geding uitsluitend jegens [verweerder 3] zou kunnen worden toegewezen. Aangezien dit oordeel de afwijzing van de vordering jegens de bank en de notaris zelfstandig draagt, dient [eiser] bij gebrek aan belang in zijn cassatieberoep voor zover gericht tegen de afwijzing van de vordering tegen de bank en de notaris niet-ontvankelijk te worden verklaard. [\[noot:5\]](#) Onder deze omstandigheden kan het belang niet zijn gelegen in de proceskostenveroordeling, nu het oordeel van het hof wat betreft de notaris en de bank stand zal houden ongeacht het al dan niet slagen van de cassatieklachten. [\[noot:6\]](#)

## **3. Bespreking van het cassatiemiddel**

Het cassatiemiddel bestaat uit acht onderdelen.

Onderdeel 1 is gericht tegen de rechtsoverwegingen 4.3 en 4.4 (voor een goed begrip citeer ik ook de eerste zin van rechtsoverweging 4.5), waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“4.3. Voor de beoordeling van de hiervoor bedoelde vorderingen in eerste aanleg en hoger beroep, dient in de eerste plaats te worden gezien of de gunning van de woning aan [verweerder 3] op 30 maart 2007 om 17.03 uur ongeldig, althans jegens [eiser] onrechtmatig, is geweest. [Eiser] voert daartoe aan dat hij (althans [betrokkene 1]) vóór het verstrijken van de termijn voor beraad op 30 maart om 17.00 uur een bedrag van € 300.053,26 onder de notaris had gestort waaruit in elk geval de vordering van de bank en de reeds gemaakte executiekosten konden worden voldaan. Om die reden had de bank niet langer het recht tot het voortzetten van de executie door middel van het gunnen van de woning aan [verweerder 3], althans ontbrak het haar daarbij aan een gerechtvaardigd belang, aldus [eiser] die voor dit standpunt een beroep doet op (analogische toepassing van) het lossingsrecht van artikel 3:269 BW. Dit artikel bepaalt dat tot op het tijdstip van de toewijzing ter veiling of van de goedkeuring door de voorzieningenrechter van de onderhandse verkoop, de verkoop kan worden voorkomen door voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie.

4.4. Ook indien met [eiser] moet worden aangenomen dat in geval van executie door een schuldeiser krachtens executoriaal beslag de schuldenaar tot aan het moment dat de verkoop (door gunning) tot stand komt de mogelijkheid heeft deze verkoop te voorkomen door voldoening van het verschuldigde vermeerderd met de reeds gemaakte executiekosten en hij daarbij in beginsel kan volstaan met betaling aan de door de voorrangsregel van artikel 513 jo 505 Rv aangewezen executant, gaat zijn standpunt niet op. In het onderhavige geval heeft de bank, nadat de veiling een hoogste bieder – [verweerder 3] – had opgeleverd, aan wie de bank op grond van de veilingvoorwaarden direct had kunnen gunnen, ten behoeve van [eiser] onverplicht

de termijn van beraad in acht genomen teneinde hem, althans [betrokkene 1], in staat te stellen om de schulden van [eiser] alsnog te voldoen. Aan deze ‘terme de grace’ heeft de bank de voor [eiser], althans [betrokkene 1], ook kenbare voorwaarde verbonden dat alle aangemelde overige beslagschuldeisers zouden worden voldaan. Anders dan [eiser] meent, kan het stellen van en het vasthouden aan deze voorwaarde in de gegeven omstandigheden niet in strijd met het lossingsrecht noch anderszins jegens [eiser] onrechtmatig worden genoemd. Op het moment dat de bank onder deze voorwaarde ten behoeve van [eiser] van onmiddellijke gunning afzag, had zij van [eiser] nog geen betaling ontvangen en was evenmin sprake van een voldoende concreet betalingsaanbod zijdens [eiser] dat zij gelet op artikel 6:62 BW diende te accepteren. De door [betrokkene 1] voorafgaand aan de veiling aan (een medewerker van) [verweerder 1] gedane mededeling dat hij bereid was de schulden van [eiser] te herfinancieren, kan niet als zodanig worden beschouwd en behoefde de bank niet ervan te weerhouden om de veiling te laten doorgaan. Geen rechtsregel verbood de bank vervolgens om bij deze als gezegd onverplichte beslissing niet alleen het belang van [eiser] maar ook dat van de overige schuldeisers, wier vorderingen bij onmiddellijke gunning volledig zouden kunnen worden voldaan, mee te wegen. Uit de stellingen van [eiser] blijkt overigens ook niet dat hij, [betrokkene 1] of de namens hem optredende notaris [betrokkene 2] destijds tegen het hanteren van deze voorwaarde als zodanig bezwaar heeft gemaakt, laat staan dat dit op deze grond is gebeurd. Het bezwaar van de zijde van [eiser] betrof immers slechts het feit dat de vordering van [eiser]’ broer bij de te betalen schulden was opgenomen.

4.5. Gelet op deze gang van zaken kan [eiser] de door de bank gestelde voorwaarde thans niet met een beroep op het wettelijk lossingsrecht bestrijden en kan

hij niet achteraf aanvoeren dat het onder de notaris gestorte bedrag van € 300.053,26 (meer dan) toereikend was om de vordering van de bank als executant alsmede de executiekosten te voldoen.”

3.2. Het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat [eiser] rechtsgeldig had kunnen lossen door betaling aan de executerende bank en voldoening van de executiekosten. Volgens het onderdeel schrijft het naar analogie toepasselijke art. 3:269 BW dwingend voor dat tot het tijdstip van toewijzing ter veiling de verkoop kan worden voorkomen door voldoening van hetgeen waarvoor het executoriaal beslag van de executerende beslaglegger tot waarborg strekt, alsmede van de executiekosten. Indien wordt gelost heeft de executant geen rechtens te eerbiedigen belang meer bij de verkoop en is deze ingevolge art. 6:62 BW niet gerechtigd de executie voort te zetten. De door de bank gestelde voorwaarde dat alle aangemelde beslagschuldeisers worden voldaan is rechtstreeks in strijd met art. 3:269 BW.

Het onderdeel betoogt voorts dat de door het hof in aanmerking genomen omstandigheden [\[noot:7\]](#) het beroep van [eiser] op (analogische toepassing van) het lossingsrecht niet terzijde kunnen stellen. Art. 3:269 BW voorziet immers, aldus het onderdeel, in het door de schuldenaar tot op het tijdstip van toewijzing ter veiling voldoen van hetgeen waarvoor het executoriaal beslag van de executerende beslaglegger tot waarborg strekt, alsmede van de kosten van executie. [Eiser] heeft hieraan ruim voldaan door het storten van het bedrag van € 300.053,26 op de derdenrekening van de notaris. De vraag of [eiser], [betrokkene 1], of de namens hem optredende notaris [betrokkene 2] destijds tegen het hanteren van de voorwaarde bezwaar hebben gemaakt is gezien art. 3:269 BW niet relevant, aldus nog steeds onderdeel 1.

3.3. Ik begrijp het onderdeel aldus dat door het aflossen van de schuld aan de bank en het voldoen van de executiekosten, (slechts) het beslag van de bank is komen te vervallen met als gevolg dat de executie, nu deze op vervolging van de bank plaatsvond, diende te worden gestaakt. [\[noot:8\]](#) Voor zover het onderdeel zou uitgaan van de rechtsopvatting dat door het betalen van de schuld aan de bank (inclusief de executiekosten) alle gelegde beslagen en hypotheeken zijn komen te vervallen, faalt het omdat die opvatting onjuist is. [\[noot:9\]](#)

3.4. Kern van het onderdeel is dan dat ingeval van cumulatieve beslagen het naar analogie toepasselijke art. 3:269 BW in de weg staat aan het door de bank rekening houden met de belangen van de overige schuldeisers.

### ***Lossingsrecht***

3.5. Art. 3:269 BW bepaalt dat tot op het tijdstip van de toewijzing ter veiling of van de goedkeuring door de voorzieningenrechter van de onderhandse verkoop, de verkoop kan worden voorkomen door voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie. Dit wordt wel aangeduid als lossing.

3.6. Stein heeft met betrekking tot de betekenis opgemerkt dat deze bepaling een overbodige bepaling lijkt, omdat ten tijde van de uitwinning de hypothecaire schuld opeisbaar is, zodat voor de debiteur geen belemmering bestaat deze af te lossen. Volgens Stein is het logisch dat de debiteur daarmee de uitwinning van de hypotheekhouder voorkomt: de hypotheekhouder, die betaling van de hypothecaire schuld in ontvangst heeft genomen, heeft niet meer een rechtens te eerbiedigen belang bij het tot stand brengen van de verkoop. De hypotheekhouder die betaling weigert verkeert in



schuldeisersverzuim en ingevolge art. 6:62 BW mag een schuldeiser die in verzuim is de executie niet voorzetten. [\[noot:10\]](#)

Art. 3:269 BW heeft, aldus Stein, derhalve slechts een beperkte betekenis, hetgeen tot uitdrukking komt in een driedig belang: het artikel (i) concretiseert het uiterste tijdstip waarop door lossing de executorialle verkoop kan worden voorkomen, (ii) geeft de omvang van het bedrag dat dient te worden voldaan om de executorialle verkoop tegen te houden en (iii) is algemeen geredigeerd en geeft ook aan derden de bevoegdheid tot lossing. [\[noot:11\]](#)

### ***Cumulatieve beslagen***

3.7. Indien meer schuldeisers op dezelfde zaak beslag hebben gelegd, vindt de executie plaats op vervolging van degene die het eerst overeenkomstig art. 505 lid 1 Rv. het proces-verbaal van beslag heeft doen inschrijven (art. 513 Rv.).

Volgens Jansen zijn de crediteuren, wier beslag later is ingeschreven, verplicht op te houden met de voortzetting van hun beslag en het bij de inschrijving ervan in het hypotheekregister te laten. Jansen heeft deze verplichting zich van verdere executiehandelingen te onthouden getypeerd als een schorsing van het later ingeschreven beslag, welke verplichting zonodig door de eerste executant kan worden geëffectueerd door middel van een kort gedingprocedure. [\[noot:12\]](#)

3.8. De ratio van de regel dat de eerste executant de executie doet plaatsvinden met uitsluiting van de anderen is een pragmatische. Door De Pinto is opgemerkt dat anders “de kosten noodeloos vermenigvuldigd [zouden] worden en daarenboven groote moeilijkheden en verwarringen ontstaan. De wet moest echter beslissen aan wien der schuldeischers de voorkeur zou toekomen, en zij besliste overeenkomstig de regel: qui

prior est tempore prior est jure (...)”. [\[noot:13\]](#) In dezelfde zin heeft Jongbloed bij het huidige art. 513 Rv. opgemerkt dat daarin een regeling wordt getroffen betreffende de verkoopbevoegdheid, zodat de executie doorgang kan vinden. [\[noot:14\]](#)

3.9. Teneinde het belang van de overige beslagleggers te waarborgen is in lid 2 van art. 513 Rv. een regeling opgenomen ingeval van arglist van de eerste executant of samenspanning met de geëxecuteerde dan wel indien de eerste executant onvoldoende voortvarend is met de executie. Op verzoek van een schuldeiser wiens proces-verbaal later is ingeschreven, kan de bevoegde voorzieningenrechter bepalen dat deze de executie overneemt. Lid 4 bepaalt dat de overneming bij exploit aan de geëxecuteerde dient te worden aangezegd. Daarmee wordt duidelijkheid gecreëerd voor de geëxecuteerde: deze moet weten wie tot executie zal overgaan. [\[noot:15\]](#)

3.10. Jansen is van mening dat de nieuwe executant het beslag, daartoe gelegitimeerd door de beschikking tot overneming, op eigen naam zal voortzetten in de stand waarin het zich bevond toen het werd geschorst en dat aan te nemen is dat de nieuwe executant geheel de rechtspositie van de eerste executant overneemt. [\[noot:16\]](#)

Hij acht de overnamemogelijkheid van art. 513 Rv. echter “weinig belangrijk”, omdat ingeval de executie door of ten aanzien van de eerste executant wordt opgeheven of beëindigd (bijv. bij gebleken arglist of formeel defect), het later ingeschreven beslag – dat was geschorst – herleeft zodat de in tijdsorde tweede executant zonder de in art. 513 lid 2 Rv. bedoelde overname, zijn eigen beslag kan voortzetten.

3.11. M.i. laat Jansen hierbij de oplossing van het tweede lid van art. 513 Rv. ingeval de eerste executant de executie niet met



redelijke spoed voortzet ten onrechte onbesproken. Daarvoor biedt het voorschrift uitkomst.

Ook bij het beslag op roerende zaken (art. 439-474 Rv.) geeft de wet voor een dergelijke situatie een oplossing. Art. 459 lid 1 Rv. bepaalt dat, indien de executant in gebreke blijft om binnen vier weken de verkoop tot stand te brengen, iedere beslaglegger die een executoriale titel heeft de executie kan overnemen door zulks bij exploit aan de executant en de geëxecuteerde aan te zeggen. Lid 3 van art. 459 Rv. regelt de situatie dat er meer beslagleggers zijn die de overneming verlangen: slechts degene die het oudste executoriale beslag heeft gelegd is daartoe bevoegd, tenzij de voorzieningenrechter van de rechtbank op verzoek van de meest gerede partij anders beslist.

3.12. In de memorie van toelichting op art. 459 Rv. is onder andere opgemerkt dat dit artikel een regeling bevat vergelijkbaar met de toen geldende artikelen 460 en 461 Rv. met dien verstande dat geen behoefte is aan een bijzondere regel voor het geval van opheffing van het oudste beslag in de trant van art. 461 Rv., aanhef van het eerste lid. [\[noot:17\]](#) Wordt het oudste beslag opgeheven, dan wordt immers vanzelf het volgende beslag het oudste. [\[noot:18\]](#)

3.13. Een vergelijkbare regel geldt volgens Stein ook bij betaling van de hypotheekschuld en beslag. In het geval (a) dat de hypotheekhouder de uitwinning op de voet van art. 508 Rv. heeft overgenomen, alsmede in het geval (b) dat de crediteur beslag heeft gelegd nadat de hypotheekhouder was aangevangen met uitwinning, terwijl (in beide gevallen) de uitwinning als gevolg van toepassing van art. 269 Rv. is komen te vervallen – heeft te gelden dat de beslaglegger zijn eigen uitwinning kan voorzetten. Hij hoeft daartoe niet opnieuw beslag te leggen. Wil degene die de betaling verricht uitwinning

tegenhouden, dan moet hij derhalve tevens de beslaglegger voldoen. [\[noot:19\]](#)

### ***Afdoening onderdeel 1***

3.14. Anders dan onderdeel 1 tot uitgangspunt neemt is in het onderhavige geval niet (analoge toepassing van) het lossingsrecht van art. 3:269 BW beslissend, maar de bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betreffende cumulatieve beslagen.

Art. 3:269 BW heeft een beperkte betekenis en dan nog slechts ten aanzien van de executerende hypotheekhouder. Uit art. 3:269 BW volgt niet dat ingeval de executerende hypotheekhouder wordt afgelost en de executiekosten worden voldaan, de verkoop door andere beslagleggers/hypotheekhouders wordt voorkomen. Analoge toepassing van art. 3:269 BW op de situatie dat op grond van een executoriaal beslag de woning wordt verkocht, leidt uiteraard niet tot een ander oordeel.

Uit de hier toepasselijke executieregels betreffende cumulatieve beslagen volgt dat overige gelegde executoriale beslagen/hypotheeken blijven rusten op de onroerende zaak en dat de betreffende beslagleggers/hypotheekhouders derhalve alsnog kunnen executeren.

Het onderdeel gaat mitsdien uit van een onjuiste rechtsopvatting en faalt derhalve.

Dat het hof bij wijze van hypothese in rechtsoverweging 4.4 is uitgegaan van de juistheid van [eiser] standpunt te dezer zake doet hieraan niet af. [\[noot:20\]](#)

### ***Bespreking van de overige onderdelen***

3.15. Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van het hof in rechtsoverweging 4.4 dat op het moment dat de bank onder de voorwaarde dat alle aangemelde overige

schuldeisers zouden worden voldaan van onmiddellijke gunning afzag, de bank van [eiser] nog geen betaling had ontvangen en evenmin sprake was van een voldoende concreet betalingsaanbod van [eiser] dat de bank gelet op art. 6:62 BW diende te accepteren. Het onderdeel klaagt dat dat oordeel uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, althans onbegrijpelijk is en/of onvoldoende is gemotiveerd. De storting onder de notaris van het bedrag van € 300.053,26, welke storting meer dan toereikend was om de vordering van de bank als executant en de executiekosten te voldoen, dient volgens het onderdeel te worden aangemerkt als betaling aan de bank, althans tot een aan de bank gericht betalingsaanbod.

3.16. Het onderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Op het moment dat de bank afzag van onmiddellijke gunning op 27 maart 2007 was het bedrag van € 300.053,26 nog niet gestort bij de notaris. Die storting vond immers pas plaats op 30 maart 2007.

3.17. De onderdelen 3 en 4 gaan uit van de lezing dat het hof in rechtsoverweging 4.4 heeft geoordeeld dat de termijn voor lossing niet is verstreken op 30 maart 2007, maar reeds ten tijde van het uitbrengen van het hoogste bod op de veiling van 27 maart 2007.

De onderdelen falen bij gebrek aan feitelijke grondslag, nu het hof dat niet heeft overwogen.

3.18. Onderdeel 5 behelst slechts een voortbouwende klacht, zodat het het lot deelt van de daaraan voorafgaande onderdelen.

3.19. De onderdelen 6 en 7 nemen tot uitgangspunt dat het hof in rechtsoverweging 4.4 heeft geoordeeld dat in de gegeven omstandigheden (analogische) toepassing van het lossingsrecht naar maatstaven van

redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Het hof heeft dit niet geoordeeld, waarmee de onderdelen falen bij gebrek aan feitelijke grondslag.

3.20. Onderdeel 8 bouwt voort op de voorafgaande onderdelen en behelst geen zelfstandige klacht. Nu de overige onderdelen falen, leidt onderdeel 8 evenmin tot cassatie.

#### **4. Conclusie**

De conclusie strekt

– tot niet-ontvankelijkverklaring van [eiser] in zijn cassatieberoep voor zover dit betrekking heeft op de afwijzing door het hof van de vordering tegen de bank en de notaris en voor het overige

– tot verwerping.

#### **Hoge Raad**

##### **1. Het geding in feitelijke instanties**

[Eiser] heeft bij exploit van 1 mei 2007 de notaris, de bank en [verweerder 3] in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem en gevorderd, kort gezegd, de notaris, de bank en [verweerder 3] te verbieden om levering van het huis aan de [a-straat 1] te [plaats] (hierna: het huis) aan [verweerder 3] te bewerkstelligen.

De notaris, de bank en [verweerder 3] hebben de vordering bestreden en, in reconventie, gevorderd, kort gezegd, opheffing van het beslag dat [eiser] op het huis heeft gelegd. Voorts vordert [verweerder 3] [eiser] te veroordelen het huis te ontruimen en daarbij de sleutels aan [verweerder 3] af te geven.

De rechtbank heeft bij vonnis van 12 juni 2007 de vordering in conventie afgewezen

en in reconventie het door [eiser] op het huis gelegde conservatoir beslag opgeheven.

Tegen het vonnis van de rechtbank heeft [eiser] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem.

Bij arrest van 25 maart 2008 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en het in hoger beroep gevorderde afgewezen.

(...; *red.*)

## **2. *Het geding in cassatie***

(...; *red.*)

## **3. *Beoordeling van het middel***

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. [Eiser] is eigenaar van het huis met naastgelegen weiland aan de [a-straat 1] te [plaats]. Op het huis zijn diverse hypotheken gevestigd, waaronder een hypotheekrecht ten behoeve van een broer van [eiser], en beslagen gelegd, waaronder een conservatoir beslag ten behoeve van de bank.

ii. Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 27 april 2005 heeft de rechtbank Arnhem de vordering toegewezen tot zekerheid waarvan de bank dit conservatoire beslag had gelegd. Vervolgens heeft de bank aan de notaris opdracht gegeven tot executoriale verkoop van het huis. Op 27 maart 2007 heeft ten overstaan van een waarnemer van de notaris de veiling van het huis plaatsgevonden. Op de veiling zijn van toepassing de Algemene Veilingvoorwaarden voor Executieveilingen 2006 (hierna: de AVVE) en de bijzondere veilingvoorwaarden die op 6 maart 2007 zijn vastgesteld bij akte verleden voor de notaris (hierna: de bijzondere veilingvoorwaarden).

iii. In de AVVE zijn onder meer de volgende bepalingen opgenomen:

“Artikel 3

1. De veiling vindt plaats in twee fasen:

- de eerste, de inzet, bij opbod;
- de tweede, de afslag, bij afmijning.

Dit gebeurt na elkaar in één zitting (...)

Artikel 8

1. De koopovereenkomst ingevolge de veiling komt tot stand door de gunning. De overdracht komt tot stand door de inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing in de openbare registers (...)

2. De verkoper heeft het recht niet te gunnen of zich omtrent het al of niet gunnen te beraden.

De termijn van beraad eindigt de eerste werkdag volgende op de afslag om vijf (5) uur in de middag of zoveel eerder als de verkoper mocht hebben gegund.

(...)

Artikel 17

1. Zodra de aan de gunning verbonden voorwaarde van algehele betaling is vervuld, kan de levering van het registergoed worden voltooid (...). Zowel de koper als de verkoper kan dit eenzijdig bewerkstelligen.

2. De levering geschiedt door de inschrijving in de openbare registers van de eventuele afzonderlijke akte van bijzondere veilingvoorwaarden, van het/de proces(sen)-verbaal van inzet en afslag, van de eventuele akte van gunning (...)

Artikel 24

(...)

4. Van eventuele aanvullingen op, of afwijkingen van deze voorwaarden dient uit de bijzondere veilingvoorwaarden te blijken. Ingeval van tegenstrijdigheid tussen deze algemene voorwaarden en de bijzondere veilingvoorwaarden gelden de laatste.”

iv. In de bijzondere veilingvoorwaarden, waarin de bank ook wel wordt aangeduid als “Schuldeiseres” en “verkoper”, is onder andere opgenomen:

“4. Uitdrukkelijke afwijkingen van AVVE In opdracht van de Schuldeiseres wordt in ieder geval op de volgende onderdelen afgeweken van de AVVE:

(...)

f. In afwijking van de in artikel 8, lid 2 AVVE genoemde termijn van beraad, eindigt de termijn van beraad op de derde werkdag volgende op de afslag, zijnde dertig maart tweeduizend zeven om zeventien uur of zoveel eerder als de verkoper mocht hebben gegund.”

v. Blijkens het “procesverbaal akte van veiling bij inzet en afslag” van 27 maart 2007 heeft [verweerder 3] op de veiling het hoogste bod uitgebracht. De bank is toen echter nog niet overgegaan tot gunning. Zij heeft ten behoeve van [eiser] onverplicht de in de bijzondere veilingvoorwaarden genoemde termijn van beraad in acht genomen teneinde [eiser] in staat te stellen zijn schulden te voldoen. Aan deze termijn van beraad heeft de bank de kenbare voorwaarde verbonden dat alle aangemelde beslagschuldeisers zouden worden voldaan.

vi. [Eiser] heeft [betrokkene 1] bereid gevonden zijn schulden te herfinancieren. Een medewerker van de notaris heeft in dat kader op 29 maart 2007 per e-mail aan de adviseur van [betrokkene 1], notaris mr. W. van Delft te Nijmegen (hierna: [betrokkene

2]), een overzicht gestuurd van de schulden van [eiser] en de veilingkosten, in totaal belopende € 325.538,97. In dat overzicht staat mede een bedrag vermeld van € 25.485,71 als vordering van de broer van [eiser].

vii. [Betrokkene 1] heeft in de middag van 30 maart 2007 door ING Bank een bedrag van € 300.053,26 laten overboeken naar een bankrekening van het kantoor van de notaris. Na ontvangst van dat bedrag heeft een medewerker van de notaris diezelfde dag om 16.35 uur in een e-mail aan [betrokkene 2] geschreven:

“Hierbij deel ik u mede dat ik van de heer [betrokkene 1] een bedrag heb ontvangen groot € 300.053,26.

Ik moet echter ontvangen voor 17.00 uur vandaag een bedrag groot € 325.538,97 zo dat er nog een bedrag voldaan dient te worden groot € 25.485,71.

Het is helaas niet aan mij om onderscheid te maken tussen schuldeisers/beslagleggers (wel of niet discutabel), aldus kan ik niet beslissen welke vorderingen van welke beslagleggers worden voldaan.”

viii. Naar aanleiding van deze e-mail heeft [betrokkene 1] op 30 maart 2007 omstreeks 17.00 uur contact gehad met ING Bank om nog diezelfde middag een bedrag van € 25.485,71 telefonisch te laten overboeken naar de notaris. Hij heeft toen te horen gekregen dat dit niet eerder mogelijk was dan op maandag, omdat het betalingsverkeer al was gesloten. Op verzoek van [betrokkene 1] heeft ING Bank die middag hierover contact gehad met het kantoor van de notaris.

ix. Toen om 17.00 uur niet het volledige bedrag van € 325.538,97 op rekening van de notaris was ontvangen, is het huis op 30 maart 2007 om 17.03 uur bij akte, verleden voor een waarnemer van de notaris, gegund aan [verweerder 3].

x. Op maandag 2 april 2007 heeft de notaris op zijn rekening € 25.485,71 ontvangen van [betrokkene 1]. Dat bedrag is vervolgens samen met de reeds eerder ontvangen € 300.053,26 teruggestort.

xi. [Eiser] heeft conservatoir beslag laten leggen op het huis ter verzekering van zijn rechten daarop.

3.2. In dit kort geding heeft [eiser] in conventie gevorderd dat het de bank, de notaris en [verweerder 3] zal worden verboden mee te werken aan levering van het huis aan laatstgenoemde. Hij baseerde deze vordering op art. 6:162 BW. Hij voerde daartoe aan dat het in art. 3:269 BW geregelde lossingsrecht van de schuldenaar in geval van parate executie door de hypotheekhouder, in het onderhavige geval overeenkomstig van toepassing is, en dat het op 30 maart 2007 in opdracht van [betrokkene 1] op de bankrekening van de notaris overgeboekte bedrag van 300.053,26 ruimschoots volstond voor voldoening van de vordering van de hypotheekhouder waarvoor de hypotheek tot waarborg strekte, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie. In reconventie vorderden de bank, de notaris en [verweerder 3] opheffing van het in opdracht van [eiser] gelegde beslag. Zij voerden daartoe aan dat het beslag ongeldig is, of is vervallen.

De voorzieningenrechter heeft in conventie de vordering afgewezen en in reconventie het beslag opgeheven. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Naar het oordeel van het hof gaat het standpunt van [eiser] niet op om de in zijn arrest vermelde redenen, ook indien met hem moet worden aangenomen dat in geval van executie door een schuldeiser krachtens executoriaal beslag, de schuldenaar tot aan het moment dat de verkoop (door gunning) tot stand komt, de mogelijkheid heeft deze verkoop te voorkomen door voldoening van het verschuldigde, vermeerderd met de reeds gemaakte executiekosten, en hij dan in

beginsel kan volstaan met betaling aan de door de voorrangregel van art. 513 in verbinding met 505 Rv aangewezen executant (rov. 4.4).

3.3. Het arrest van het hof is evenals het cassatiemiddel gebaseerd op de veronderstelling dat in geval van executoriale verkoop van onroerende zaken, geregeld in de artikelen 514-529 Rv., het in art. 3:269 BW geregelde lossingsrecht van de hypothecaire schuldenaar overeenkomstig van toepassing is. Deze veronderstelling is op grond van het navolgende onjuist.

3.4. Aan het systeem van de wettelijke regeling van de executoriale verkoop van onroerende zaken kan al aanstonds een zwaarwegend argument worden ontleend tegen deze overeenkomstige toepassing. In deze regeling is, in art. 526 lid 1 Rv., wat betreft afdeling 3.9.4 BW (recht van hypotheek) uitsluitend art. 3:273 BW (zuivering) van toepassing verklaard. Klaarblijkelijk heeft de wetgever bij het redigeren van de onderhavige afdeling (2.3.2 Rv.) dus mede de wettelijke regeling van het recht van hypotheek voor ogen gehad, zodat van belang is dat hij niet ook art. 3:269 BW op deze executoriale verkoop van toepassing heeft verklaard.

3.5. De – voor de beoordeling van het middel beslissende – reden waarom de wetgever niet ook deze laatstgenoemde bepaling overeenkomstig van toepassing heeft verklaard, moet in het volgende worden gezocht. De hypotheekhouder kan de verhypothekeerde zaak uitwinnen met voorrang boven andere schuldeisers bij, kort gezegd, wanbetaling van de schuldenaar. De executieopbrengst komt aan hem toe tot het beloop van zijn vordering, tenzij andere schuldeisers een voorrecht van hogere rang kunnen doen gelden op die opbrengst (art. 3:279 BW). Ter bescherming van de schuldenaar is aan deze echter in art. 3:269 BW een lossingsrecht toegekend. Deze bevoegdheid

is in de T.M. onder meer als volgt toegelicht:

“De schuldeiser, die toch niet meer dan het aangeboden bedrag [lees:] uit het goed kan verkrijgen, mag niet een voor de eigenaar nadelige verkoop doorzetten, alleen omdat hem misschien niet alles wat hij daarenboven nog van de schuldenaar te vorderen heeft, aangeboden wordt. Evenals in geval van executie van het goed, moet hij het niet door een hypotheek gedekt deel van de schuld op andere wijze trachten zich te verschaffen.” (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 828).

3.6. In het geval van executoriale verkoop van een onroerende zaak waarop meer beslagen zijn gelegd, vindt ingevolge art. 513 lid 1 Rv. de executie plaats op de vervolging van degene die het eerst overeenkomstig art. 505 lid 1 Rv. het proces-verbaal van beslag heeft doen inschrijven. Hieraan ontleent deze schuldeiser echter, gelet op het in art. 3:277 BW neergelegde gelijkheidsbeginsel, geen voorrang boven de andere beslagleggers voor verhaal van zijn vordering op de executieopbrengst. Zijn positie verschilt in zoverre dus wezenlijk van die van de executerende hypotheekhouder die, behoudens het in art. 3:279 BW bedoelde geval van hoogpreferente voorrechten, de belangen van de beslagleggers op de verhypothekerde zaak niet hoeft te respecteren. De executoriale beslaglegger echter handelt bij de executie mede in het belang van de overige beslagleggers. Daarom verkeert de executoriale beslaglegger die ook andere vorderingen op de beslagene heeft waarvoor geen beslag is gelegd, anders dan de hypotheekhouder, niet in de positie – waarop in het hiervoor in 3.5 aangehaalde citaat wordt bedoeld – dat hij door met executie te dreigen, de schuldenaar onder omstandigheden ertoe kan bewegen niet alleen de vordering waarvoor het beslag is gelegd, maar ook die andere vorderingen te voldoen. Gezien dit alles is geen aanleiding voor

overeenkomstige toepassing van het lossingsrecht van de hypothecaire schuldenaar in het geval van executoriale verkoop.

3.7. Aangezien alle onderdelen van het middel op de veronderstelling zijn gebaseerd dat art. 3:269 BW overeenkomstig van toepassing is op de onderhavige executoriale verkoop, kan het middel niet tot cassatie leiden, en is afzonderlijke behandeling van de onderdelen overbodig.

#### **4. Beslissing**

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak begroot op:

- aan de zijde van [verweerder 1] op € 374,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris;

- aan de zijde van ABN AMRO op € 374,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris, en

- aan de zijde van [verweerder 3] op € 374,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

#### **» Noot**

1. Art. 3:269 BW bepaalt dat hypothecaire executoriale verkoop kan worden voorkomen door voldoening van de hypotheekhouder. Bij deze mogelijkheid van “lossing” zijn vele vragen te stellen. Twee daarvan worden door art. 3:269 BW zelf beantwoord, namelijk tot welk tijdstip lossing mogelijk is en welk bedrag moet worden betaald om te lossen. Andere vragen zijn door wie kan worden gelost en welke gevolgen lossing heeft voor het

hypotheekrecht. In het onderhavige arrest is de vraag aan de orde of lossing ook mogelijk is in geval van beslagexecutie. De eerste vier vragen bespreek ik hierna onder 2 tot en met 5. Daarbij ga ik uit van executie door een hypotheekhouder die als enige een verhaalsrecht heeft op het goed. Vanaf nr. 6 haal ik andere schuldeisers met een verhaalsrecht op de zaak erbij en bespreek ik het arrest van de Hoge Raad.

2. Tijdstip van lossing. Art. 3:269 BW bepaalt dat lossing in geval van openbare executie (art. 3:268 lid 1 BW) mogelijk is tot op het tijdstip van de toewijzing ter veiling (de “gunning”) en in geval van onderhandse executie (art. 3:268 lid 2 BW) tot op het tijdstip van de goedkeuring door de voorzieningenrechter. Deze bepaling is een *lex specialis* ten opzichte van de algemene bepalingen omtrent schuldeisersverzuim (vgl. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 888). Uit art. 6:86 BW kan worden afgeleid dat een schuldeiser een na het intreden van het verzuim aangeboden nakoming niet kan weigeren wanneer hem betaling van hoofdsom, schade en kosten wordt aangeboden. Weigert hij die nakoming toch, dan komt hij in schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW). Schuldeisersverzuim maakt een einde aan het schuldenaarsverzuim (art. 6:61 lid 1 BW) en daarmee aan de executiebevoegdheid van de hypotheekhouder (art. 6:62 en 3:268 BW). Op grond van de algemene bepalingen zou executie dus nog kunnen worden voorkomen tot de executoriale levering, maar zoals gezegd vervroegt art. 3:269 BW dit tijdstip tot de gunning (in geval van openbare executie) of de goedkeuring door de voorzieningenrechter (in geval van onderhandse executie). De reden voor deze vervroeging is evident: als de levering ná de executoriale verkoop nog zou kunnen worden voorkomen door lossing, zou de hypotheekhouder gebonden zijn aan een koopovereenkomst die hij niet kan nakomen. Na het sluiten van de

koopovereenkomst is lossing dus niet meer mogelijk, ook niet als de executiekoper in verzuim komt. De geëxecuteerde heeft dan óók niet de bevoegdheid om de executoriale verkoop te ontbinden. Vgl. HR 21 maart 2003, NJ 2003, 314 (Heringa/Ties).

3. Bedrag van lossing. Art. 3:269 BW bepaalt dat een bedrag dient te worden voldaan ter grootte van “hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie”. Het is niet meteen duidelijk of met “hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt” wordt bedoeld de vordering van de hypotheekhouder of de verwachte opbrengst van het verbonden goed. Volgens A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2009, p. 598, moet om te lossen “al hetgeen de hypotheekhouder/schuldeiser te vorderen heeft (...) inclusief kosten” alsnog worden voldaan. In Asser/Van Velten 3-III, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 333, schrijft Van Velten dat voor lossing nodig is “betaling van de schuld tot het ingeschreven bedrag met de bevoorrechte rente en de kosten, alsmede de gemaakte executiekosten”, hoewel hij daar wel aanhaalt dat “de schuldeiser (...) niet meer [kan] verlangen dan de uitbetaling van het maximum, dat hij zich door verkoop van het verbonden goed zou kunnen verschaffen”. In Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 888, wordt opgemerkt dat art. 3:269 BW, voor wat betreft het te betalen bedrag, zelfstandige betekenis mist naast art. 6:86 BW. Uit de door de Hoge Raad in r.o. 3.5 aangehaalde passage in de Toelichting Meijers bij art. 3:269 BW moet echter worden afgeleid dat met “hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt” is bedoeld het bedrag dat de hypotheekhouder anders door executie zou hebben verkregen, met andere woorden het bedrag dat de hypotheekhouder op de executieopbrengst



had kunnen verhalen. Dit is hetzij de verwachte executieopbrengst, hetzij de vordering van de hypotheekhouder (beide vermeerderd met de reeds gemaakte executiekosten), al naar gelang welk bedrag het laagst is. Vgl. I. Spinath, noot bij HR 19 februari 2010, «JOR» 2010/116 (Willems/Poort c.s.), onder 5; en S.E. Bartels en V. Tweehuysen, 'Lossingsrecht en executoriale verkoop door een beslaglegger', NTBR 2010/6, p. 192. Of met betaling van dit bedrag executie werkelijk kan worden voorkomen, is echter nog maar de vraag. Ik kom daar hierna onder 5 en 8 op terug.

4. Personen die kunnen lossen. Lossing kan plaatsvinden door de schuldenaar zelf (of tijdens diens faillissement door de curator op grond van art. 58 lid 2 Fw), maar ook door een derde (art. 6:30 lid 1 BW), tenzij de schuldeiser nakoming door de derde weigert met goedvinden van de schuldenaar (art. 6:30 lid 2 BW). Zie voor een voorbeeld van dit laatste HR 21 juni 1957, NJ 1959, 91 (Thurkow/Thurkow). Vgl. Asser/Van Velten 3-III, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 333. Mijns inziens is voor lossing door een derde niet vereist dat de derde "bij de voldoening een gerechtvaardigd belang heeft", als bedoeld in art. 6:73 BW. Dat een derde kan voldoen, volgt immers uit art. 6:30 lid 1 BW (dat die eis niet stelt) en dat die voldoening leidt tot voorkoming van de executie, volgt uit art. 3:269 BW zelf en niet uit art. 6:73 jo. 6:62 BW. In door de wet genoemde gevallen zal betaling door een derde ook leiden tot subrogatie van die derde in de vordering van de hypotheekhouder op de schuldenaar, en zal het hypotheekrecht als afhankelijk recht en nevenrecht op die derde mee overgaan (art. 3:82 en 6:142 BW). Zo zal een lossende derdenhypotheekgever worden gesubrogeerd op grond van art. 6:150 aanhef en onder a of b BW en zal een lossende borg worden gesubrogeerd op grond van art. 7:850 lid 3 jo. 6:12 BW. Hier doet zich nog een bijzonderheid voor.

Normaal gesproken zou een gemeenschappelijk hypotheekrecht ontstaan wanneer een hypotheekhouder gedeeltelijk wordt voldaan door iemand die wordt gesubrogeerd. In dit geval zal, wanneer de gedeeltelijke betaling op grond van art. 3:269 BW voldoende is om te lossen, het hypotheekrecht voor de oorspronkelijke schuldeiser eindigen (zie hierna onder 5) en zal de gesubrogeerde alleen hypotheekhouder zijn.

5. Gevolgen voor het hypotheekrecht. Aangenomen moet worden dat lossing in beginsel (behoudens het hiervóór onder 4 genoemde geval van subrogatie) tot gevolg heeft dat het hypotheekrecht van de executerende hypotheekhouder komt te vervallen en dus kan worden doorgehaald. Vgl. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2009, p. 598; en S.E. Bartels en V. Tweehuysen, 'Lossingsrecht en executoriale verkoop door een beslaglegger', NTBR 2010/6, p. 192. Als niet zou worden aangenomen dat het hypotheekrecht van de executerende hypotheekhouder eindigt, zou de hypotheekhouder na ontvangst van het geld dat ter lossing werd betaald, alsnog kunnen executeren en zijn restantvordering op de executieopbrengst kunnen verhalen. Als de schuldenaar dat zou willen voorkomen, zou hij de schuldeiser ook voor het restant moeten lossen. Dit is niet de bedoeling geweest van art. 3:269 BW, getuige de Toelichting Meijers, die opmerkt dat de schuldeiser zijn restantvordering maar op andere wijze moet trachten te verhalen (Parl. Gesch. Boek 3, p. 828). Daar zit echter wel een pijnpunt. Ook als wordt aangenomen dat de hypotheek van de executerende hypotheekhouder door lossing vervalt, kan de schuldeiser (tenzij er sprake is van een derdenhypotheek) zijn restantvordering op hetzelfde goed verhalen door executoriaal beslag te leggen. Onder omstandigheden kan de hypotheekakte daarbij zelfs dienst doen als executoriale titel (vgl. HR 26 juni 1992, NJ

1993, 449 (Rabobank/Visser); en Rb. Dordrecht 29 november 2007, «JBPr» 2008/11); het vervallen van de hypotheek maakt de hypotheekakte, voor wat betreft de daarin genoemde geldlening, immers nog niet ongeldig. Dat de schuldeiser na lossing beslag kan leggen op het goed, volgt uit art. 3:276 BW. Het goed behoort immers, juist omdat de (eerste) executie door lossing is voorkomen, nog tot het vermogen van de schuldenaar. Het zou veel te ver gaan om, op grond van de gedachte dat executie werkelijk moet kunnen worden voorkomen door betaling van de verwachte executieopbrengst en de executiekosten, art. 3:269 BW zo ver op te rekken dat lossing niet alleen het hypotheekrecht teniet doet gaan, maar ook latere beslaglegging op het goed uitsluit. De conclusie moet dan echter wel zijn dat lossing in theorie mogelijk is door betaling van de verwachte executieopbrengst en de executiekosten, maar dat executie in veel gevallen alleen werkelijk kan worden voorkomen door betaling van de vordering van de hypotheekhouder en de reeds gemaakte executiekosten.

6. Lossing in geval van meer schuldeisers. Lossing is mogelijk bij executie door een hypotheekhouder (art. 3:269 BW) en bij executie door een pandhouder (art. 3:249 lid 2 BW). Beide artikelen maken geen onderscheid tussen eerdere of latere executerende hypotheek- of pandhouders. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zwijgt over de vraag of lossing ook mogelijk is bij executie door een beslaglegger. De Hoge Raad overweegt in het hierboven afgedrukte arrest dat in geval van executie door een hypotheekhouder lossing mogelijk is omdat de hypotheekhouder, behoudens een enkele uitzondering, de hoogste rang zou hebben bij verdeling van de executieopbrengst en dat art. 3:269 BW daarom niet van overeenkomstige toepassing is in geval van executie door een beslaglegger (r.o. 3.5 en 3.6). De Hoge Raad lijkt voor de vraag of executie door lossing kan worden

voorkomen, twee factoren van belang te vinden, namelijk (1) wie executeert, en (2) welke rang de vordering van de executant heeft bij verhaal op de executieopbrengst. Ten aanzien van hypotheekexecutie overweegt de Hoge Raad dat “de hypotheekhouder (...) de verhypothekerde zaak [kan] uitwinnen met voorrang boven andere schuldeisers (...), tenzij andere schuldeisers een voorrecht van hogere rang kunnen doen gelden op [de executieopbrengst] (art. 3:279 BW)” (r.o. 3.5), en dat “de executerende hypotheekhouder (...), behoudens het in art. 3:279 BW bedoelde geval van hoogpreferente voorrechten, de belangen van de beslagleggers op de verhypothekerde zaak niet hoeft te respecteren” (r.o. 3.6). Ten aanzien van beslagexecutie overweegt hij dat “de executoriale beslaglegger (...) bij de executie mede in het belang van de overige beslagleggers [handelt]” en dat “daarom (...) de executoriale beslaglegger die ook andere vorderingen op de beslagene heeft waarvoor geen beslag is gelegd, anders dan de hypotheekhouder, niet in de positie [verkeert] (...) dat hij door met executie te dreigen, de schuldenaar onder omstandigheden ertoe kan bewegen niet alleen de vordering waarvoor beslag is gelegd, maar ook die andere vorderingen te voldoen”. “Gezien dit alles is (lees: er; AS) geen aanleiding voor overeenkomstige toepassing van het lossingsrecht van de hypothecaire schuldenaar in het geval van executoriale verkoop (lees: door een executoriale beslaglegger; AS)”, zo besluit de Hoge Raad (r.o. 3.6, slot).

7. Op deze overwegingen van de Hoge Raad valt wel het nodige af te dingen. De Hoge Raad overweegt dat een executerende hypotheekhouder altijd voorrang heeft boven andere schuldeisers, behalve wanneer die schuldeisers een voorrecht hebben als bedoeld in art. 3:279 BW. Een voorrecht dat voorrang heeft boven hypotheek, kan alleen het voorrecht wegens kosten tot behoud betreffen (art. 3:284

BW). Er zijn echter nog vele andere (veel vaker voorkomende) gevallen waarin een andere schuldeiser voorgaat boven een hypotheekhouder bij verdeling van een executieopbrengst. Zo heeft een retentor geen “voorrecht”, maar “voorrang uit een andere in de wet aangegeven grond” als bedoeld in art. 3:278 BW, welke voorrang op grond van art. 3:292 jo. 3:291 lid 1 of lid 2 BW van hogere rang kan zijn dan die van een hypotheekhouder. Verder gaat een anterieure hypotheekhouder voor een posterieure hypotheekhouder op grond van de prioriteitsregel en gaat een anterieure beslaglegger voor een posterieure hypotheekhouder op grond van de blokkerende werking van beslag (art. 505 lid 2 Rv). Het verschil qua voorrang tussen een executerende hypotheekhouder en een executerende beslaglegger is dan ook niet zo wezenlijk als de Hoge Raad in r.o. 3.6 overweegt. Of de executerende schuldeiser nu hypotheekhouder of beslaglegger is, in beide gevallen kunnen (andere) hypotheekhouders of beslagleggers voorgaan bij verhaal op de executieopbrengst. Maar zelfs als de executerende hypotheekhouder de hoogste rang zou hebben, is het mijns inziens niet juist dat hij “de belangen van de beslagleggers op de verhypothekerde zaak niet hoeft te respecteren” (r.o. 3.6). Hij zal bijvoorbeeld geen genoegen mogen nemen met een te lage prijs wanneer andere lager gerangschikte schuldeisers met een recht op de executieopbrengst daardoor worden benadeeld, hetzij omdat er voor hen een kleiner overschot resteert, hetzij omdat de executerende hypotheekhouder daardoor voor een hogere restantvordering concurreert bij verhaal op andere goederen. Ik zie daarom niet in waarom een executerende hypotheekhouder in het bijzonder rekening zou moeten houden met schuldeisers hoger in rang, en in het geheel niet met schuldeisers lager in rang.

8. Hoe het ook zij, nu er in deze zaak wel tijdig voldoende was betaald om de executerende beslaglegger te voldoen, maar

niet tijdig voldoende was betaald om ook een hypotheekhouder te voldoen, kon de executoriale verkoop met het bedrag dat tijdig was betaald, volgens de Hoge Raad niet worden voorkomen. Uit het arrest lijkt te moeten worden afgeleid dat de uitkomst volgens de Hoge Raad anders was geweest als de executant hypotheekhouder en hoogst gerangschikte schuldeiser was geweest en het tijdig betaalde bedrag voldoende was geweest om hem te voldoen. Dat zou betekenen dat lossing niet mogelijk is wanneer de executerende schuldeiser wel hypotheekhouder maar niet de hoogste in rang is, of wanneer de executerende schuldeiser beslaglegger is ongeacht of die hoogste in rang is. Dat leidt tot de merkwaardige conclusie dat de mogelijkheid van lossing afhankelijk is van het antwoord op de vraag door wie wordt geëxecuteerd, terwijl dat toch niet zou mogen uitmaken wanneer wordt bedacht dat art. 3:269 BW de geëxecuteerde beoogt te beschermen (vgl. r.o. 3.5). Zeker is wel dat bij lossing (art. 3:269 BW) geen zuivering optreedt (art. 3:273 lid 1 BW). De executoriale levering die de zuivering doet intreden, wordt door de lossing immers juist voorkomen. Het bedrag dat ter lossing wordt betaald, moet dan ook niet worden verdeeld als ware het een executieopbrengst, maar moet na aftrek van executiekosten worden betaald aan de executerende hypotheekhouder wiens recht door de lossing wél vervalt (zie hiervóór onder 5). Bij deze stand van zaken zal een schuldenaar (of een derde) die executie werkelijk wil voorkomen, mijns inziens in de meeste gevallen de gehele vordering van alle tot executie bevoegde schuldeisers moeten voldoen, omdat die schuldeisers anders op grond van hypotheek of executoriaal beslag het goed alsnog kunnen executeren. Lossing loont daarom slechts in een aantal gevallen, bijvoorbeeld wanneer één of meer niet-executerende schuldeisers nog niet tot executie bevoegd zijn, omdat die schuldeisers hypotheekhouders zijn jegens wie nog niet is tekortgeschoten of omdat die schuldeisers conservatoire

beslagleggers zijn. Voldoening van de vorderingen van de tot executie bevoegde schuldeisers leidt dan tot uitstel van executie. Een ander voorbeeld is de lossing door de curator van de failliete hypotheekgever op grond van art. 58 lid 2 Fw. Na die lossing kan immers geen beslag meer op het goed worden gelegd (art. 33 lid 2 Fw). Nog een ander voorbeeld is wanneer de schuldenaar zelf het goed tegen een hogere waarde kan verkopen dan de executerende (enige) schuldeiser. De schuldenaar zou die koopovereenkomst kunnen sluiten, deze op grond van art. 7:3 BW kunnen doen inschrijven in de openbare registers ("Vormerkung") en vervolgens de executerende schuldeiser kunnen lossen. De executerende schuldeiser kan vervolgens geen beslag meer op het goed leggen met werking tegen de koper aan wie binnen zes maanden wordt geleverd (art. 7:3 lid 3 aanhef en onder f en lid 4 BW).

mr. A. Steneker, universitair hoofddocent  
burgerlijk recht Radboud Universiteit  
Nijmegen

## » Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie het vonnis van de voorzieningenrechter Arnhem van 12 juni 2007 onder 2.1 t/m 2.12, van welke feiten ook het hof Arnhem in het bestreden arrest van 25 maart 2008 is uitgegaan (rov. 3), behoudens de vaststelling in rov. 2.6 van het vonnis dat [eiser] op 27 maart 2007 nog doende was een financier te vinden voor de aflossing van zijn schulden. Tegen die feitenvaststelling is blijkens rov. 4.7 van het bestreden arrest terecht gegriefd.

[\[2\]](#)

Zie rov. 4.4 van het arrest van het hof van 25 maart 2008.

[\[3\]](#)

Zoals volgt uit rov. 2.2 en 2.3 heeft [eiser] in het exploit van 5 juli 2007 zes grieven aangevoerd, terwijl hij bij een op de rol van 17 juli 2007 genomen akte nog vier grieven heeft voorgedragen.

[\[4\]](#)

De cassatiedagvaarding is op 20 mei 2008 aan alle verweerders uitgebracht.

[\[5\]](#)

Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 48.

[\[6\]](#)

Ten overvloede wordt opgemerkt dat het hof, hoewel het heeft overwogen dat slechts de vordering tot ongedaanmaking althans teruglevering van de woning door [verweerder 3] als voorlopige voorziening in kort geding uitsluitend jegens [verweerder 3] zou kunnen worden toegewezen, desalniettemin met name de vordering wat betreft de bank en de notaris inhoudelijk behandelt. Mogelijkerwijs omdat de verwijten van [eiser] zich richten jegens de bank en de notaris. Het hof overweegt echter niet waarom het gestelde verwijtbare handelen van de bank en/of de notaris met zich zou kunnen brengen dat [verweerder 3] de woning dient terug te leveren.

[\[7\]](#)

Te weten: (i) dat op het moment dat de bank onder de voorwaarde dat alle aangemelde schuldeisers zouden worden voldaan afzag van onmiddellijke gunning, zij van [eiser] nog geen betaling noch een concreet betalingsaanbod had ontvangen, (ii) geen rechtsregel verbood bij die beslissing niet alleen het belang van [eiser] maar ook dat van de overige schuldeisers, wier vorderingen bij onmiddellijke gunning volledig hadden worden voldaan, mee te wegen en (iii) uit de stellingen van [eiser]

niet blijkt dat hij destijds tegen deze voorwaarde bezwaar heeft gemaakt, laat staan op deze grond.

[\[8\]](#)

Zie het standpunt van [eiser] in zijn appeldagvaarding (p. 7, tweede alinea), alwaar hij bepleit dat de notaris met het gestorte bedrag van € 300.053,26 alle schulden behoudens de betwiste schuld aan de broer had kunnen voldoen. Het hypotheekrecht/beslag van de broer zou volgens [eiser] dan op de onroerende zaak blijven rusten.

[\[9\]](#)

Vermogensrecht (Stein), art. 269, aant. 20-22.

[\[10\]](#)

Het artikel is volgens Valk, 2009, (T&C BW), art. 6:62, met name van belang wanneer het voor de schuldenaar erom gaat door het doen van een aan de verbintenis beantwoordend aanbod, de aanvang of voorzetting van een executie te voorkomen. Van een behoorlijk aanbod kan in deze omstandigheden overigens slechts sprake zijn als tevens vergoeding van de reeds gemaakte executiekosten worden aangeboden. Zie voorts Parl. Gesch., MvA II, p. 229 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2008, nr. 301.

[\[11\]](#)

Vermogensrecht (Stein), art. 269, aant. 2. Zie tevens: Asser-Van Velten, Goederenrecht III, nr. 333.

[\[12\]](#)

F.M.J. Jansen, Executie- en beslagrecht, 1990, p. 138.

[\[13\]](#)

A. de Pinto, Handleiding tot het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, 1857, p. 647, over het toen geldende art. 513 Rv. waarin diezelfde regel al was opgenomen.

[\[14\]](#)

Jongbloed 2008, (T&C Rv), art. 513 Rv, aant. 1.

[\[15\]](#)

Jongbloed 2008, (T&C Rv), art. 513 Rv, aant. 5.

[\[16\]](#)

Jansen, a.w., p. 139. Zo ook Jongbloed 2008, (T&C Rv), art. 513 Rv, aant. 4.b.

[\[17\]](#)

In art. 460 Rv. (oud) was bepaald: “Indien de arrestant in gebreke blijft om binnen den termijn, bij artikel 462 vermeld, den verkoop tot stand te brengen, kan ieder opposant, die eenen executorialen titel heeft, overgaan tot de vergelijking van de in beslag genomen goederen op het afschrift van het proces-verbaal van inbeslagneming, hetwelk de bewaarder gehouden is aan hem te vertoonen, mitsgaders tot de aanvulling der voorwerpen, welke niet bij de vroegere inbeslagneming mogten zijn opgeschreven, en dadelijk daarna tot den verkoop der goederen; alles na het doen van een bevel aan den arrestant beteekend, doch zonder dat er een eisch tot subrogatie zal gevorderd worden.” Art. 461 lid 1 Rv (oud) luidde: “Indien de arrestant het beslag opheft, of indien hetzelfde te zijnen aanzien, uit welken hoofde ook, buiten het geval van nietigheid in de vorm, wordt opgeheven, blijft het beslag stand houden van elke opposant, die eenen executoriale titel heeft, en zoodanig opposant heeft het vermogen in vorige artikel gegeven. Het regt van alle overige opposanten op de uitdeeling der koopenningen blijft wijders, in de

gevallen bij dit en het vorige artikel uitgedrukt, in zijn geheel.” Zie daarover Van Rossem/Cleveringa, 1972, p. 1077-1078 en A. Oudeman, Het Nederlandsch wetboek van burgerlijke rechtsvordering, 1863, p. 112.

[\[18\]](#)

Kamerstukken II, 1980-1981, 16 593, nr. 3, p. 42. Zie in gelijk zin: Gieske, 2008, (T&C Rv), art. 458, aant. 1.a.

[\[19\]](#)

Vermogensrecht (Stein), art. 269, aant. 20-22.

[\[20\]](#)

Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes Groen (2005), nr. 170, met verwijzing aldaar naar HR 12 april 1985, NJ 1985, 867 (LJN: AG4993) m.nt. W.C.L. Grinten.